

# Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts: ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval

Joerges, Christian; Rödl, Florian

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

## Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C., & Rödl, F. (2008). *Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts: ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval*. (ZERP-Diskussionspapier, 2). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62593-5>

## Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

## Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK  
an der Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges / Florian Rödl

**Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem  
Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit  
dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts**

Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking* und *Laval*

Die Urteile des EuGH aus dem Dezember 2007 in den Rechtssachen Viking und Laval zur Vereinbarkeit von nationalem kollektivem Arbeitsrecht mit europarechtlichen Vorgaben haben eine recht hitzige kritische Debatte ausgelöst. Das Papier möchte in dieser Diskussion eine verfassungsrechtliche Perspektive eröffnen. In seinem ersten Teil rekonstruiert es in rechtlichen Kategorien, was Fritz Scharpf als Ablösung der Wirtschaftsintegration von den durch unterschiedliche Traditionen geprägten Sozialordnungen der Mitgliedstaaten charakterisiert hat. Europäischer Konstitutionalismus, so unterstellt das Papier, muss auf diese Problematik eine Antwort finden. Der zweite Teil eröffnet eine Perspektive, aus der heraus sich eine solche Antwort entwickeln lassen könnte. Diese Perspektive liefert die Idee vom Europarecht als eines supranationalen europäischen Kollisionsrechts, das sich auf die Verwirklichung dessen verpflichtet, was der Verfassungsvertrag zum Leitspruch der Union erklärt hatte: */unitas in pluralitate/*. Vor diesem Hintergrund analysiert der dritte Teil zwei scheinbar widersprüchliche Trends, nämlich erstens, wenn auch nur knapp, die Wende zu weichen Steuerungsformen im Bereich der europäischen Arbeits- und Sozialpolitik und anschließend, weitaus detaillierter, die "harten" Interpretationen des Vorrangs europäischer Grundfreiheiten und der Reichweite sekundärrechtlicher Harmonisierung durch den Europäischen Gerichtshof in den Entscheidungen Viking und Laval. Der zuvor entfaltete kollisionsrechtliche Ansatz würde demgegenüber auf einen größeren Respekt vor mitgliedstaatlicher Autonomie hinauslaufen insbesondere mit Blick darauf, dass die EU im Bereich des Arbeitsrechts nur begrenzte Kompetenzen hat.

## **IMPRESSUM**

Herausgeber:	Zentrum für Europäische
Redaktion:	Rechtspolitik an der
Vertrieb:	Universität Bremen
	Universitätsallee, GW 1
	28359 Bremen
Schutzgebühr:	€ 8,- (zzgl. Versandkosten)
Nachdruck:	Nur mit Genehmigung des
	Herausgebers
ISSN:	0947 — 5729

Bremen, im März 2008



# Inhaltsverzeichnis

Einführung .....	1
Abschnitt I: Europäische Integration und Demokratie. Ein spannungsreiches Erbe ...	2
I.1 Europas Gleichgewicht in der formativen Phase des Integrationsprozesses..	3
I.2 Die Vollendung des Binnenmarktes, die Erosion der Wirtschaftsverfassung und das Entstehen eines „Sozialen Europa“ .....	5
Abschnitt II: Kollisionsrecht als Form europäischer Verfassung .....	7
Abschnitt III: Weiche und harte Antworten auf die Frage nach einem sozialen Europa .....	11
III.1 „Soziale Marktwirtschaft“, soziale Rechte und weiche Koordination .....	11
III.2 Die EuGH-Entscheidungen in den Fällen <i>Viking</i> und <i>Laval</i> .....	12
III.2.a <i>Viking</i> : Primärrechtliche Freiheiten und einzelstaatliche Arbeitsverfassungen .....	13
III.2.b <i>Laval</i> : Europäisches Sekundärrecht und mitgliedstaatliche Streikautonomie .....	18
III.3 <i>Viking</i> , <i>Laval</i> und der verfassungspolitische Beruf des EuGH .....	21



## Einführung\*

Dieses kurze Essay behandelt ein sehr breites Themenfeld. Er beginnt in Abschnitt I mit einer Rekonstruktion des 'sozialen Defizits' der Europäischen Union und der These, dass eine glaubwürdige Reaktion auf dieses Defizit eine notwendige Bedingung für die demokratische Legitimation eines vertieften Integrationsprojekts ist. Konzeptionell ist dies im Rahmen einer Rekonzeptualisierung des Europarechts als eines neuen Typs supranationalen Kollisionsrechts erreichbar – diese These wird in Abschnitt II entwickelt. Sie wird im Abschnitt III mit zwei Reaktionen auf das soziale Defizit der Union kontrastiert: zunächst mit denen im Konvents-Entwurf des Verfassungsvertrags und dem hierauf beruhenden Reformvertrag von Lissabon und sodann mit denen der Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking*<sup>1</sup> und *Laval*<sup>2</sup>. Es versteht sich von selbst, dass die theoretischen Prämissen unseres Arguments und erst recht seine mannigfaltigen interdisziplinären Dimensionen und empirischen Hintergründe oft nur angedeutet, aber nicht systematisch entwickelt werden können.

- 
- \* Dieser Text fasst Argumente aus früheren Arbeiten zusammen, insbes.: Ch. Joerges & F. Rödl, 'The „Social Market Economy“ as Europe's Social Model?', in: L. Magnusson & B. Stråth (Hrsg.), *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies in Historical Light*, Brussels: Lang 2005, 125-158; F. Rödl, 'Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“ – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell', *Integration* 28 (2005), 150-161; Ch. Joerges, 'Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf', Diskussionspapier 1/2007 des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP), Bremen, <http://www.zerp.uni-bremen.de/>. 'Democracy und European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation and Recent True Conflicts', EUI Working Paper LAW 27/2007; F. Rödl, 'Constitutional Integration of Labour Constitutions', in: E.O. Eriksen, Ch. Joerges & F. Rödl (Hrsg.), *Law, Democracy, and Solidarity in Europe's Post-National Constellation*, London: Routledge (im Erscheinen). – Es geht aber nach den beiden im Titel genannten Urteilen des EuGH vom 11. Dezember 2007 (Rs. C-438/05) und vom 18. Dezember 2007 (Rs. C-341/05) notwendigerweise um mehr als um eine neue Synthese.
- 1 Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*, U. v. 11.12.2007, noch nicht in Slg.
- 2 Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, U. v. 18.12.2007, noch nicht in Slg.



## Abschnitt I: Europäische Integration und Demokratie. Ein spannungsreiches Erbe

Das Projekt der europäischen Integration wurde nicht als ein Experiment supranationaler Demokratie, sondern unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges und seiner verheerenden Auswirkungen auf die europäischen Volkswirtschaften auf den Weg gebracht. Es sollte dauerhaften Frieden zwischen ehemaligen Feinden sicherstellen. Es setzte auf eine Integrationsstrategie, die zwischen den sehr unterschiedlichen Zielen und Ängsten Deutschlands auf der einen Seite, und denen der alliierten Siegermächte auf der anderen Seite vermitteln musste. Sie setzte, was kaum überraschen kann, auf primär ökonomische Ziele und eine technokratische Politik. Erst rückblickend werden die Auswirkungen dieser Strategiewahl offensichtlich, die vor einem halben Jahrhundert kaum vorhersehbar waren und jedenfalls kein gewichtiges Problem darstellten. Dies gilt in gleicher Weise für die beiden Fragen auf die sich unsere Analyse bezieht.

Die erste betrifft den als „normative Tatsache“ zu charakterisierenden Ausschluss des „Sozialen“ aus den Zielen des Integrationsprozesses: diese Option hat Fritz Scharpf treffend als Entkoppelung der sozialen Politik von der wirtschaftlichen Verfassung gekennzeichnet.<sup>3</sup> Warum sollte diese Entkopplung problematisch sein? Diese Frage ist von verfassungspolitischer Bedeutung. Der Ausschluss des „Sozialen“ aus dem Integrationsprojekt ist ein potenzielles Versäumnis für diejenigen, die davon ausgehen, dass die Bürgerinnen und Bürger moderner Demokratien berechtigt sein müssen, ihre Auffassungen zum Verhältnis von ökonomischer Rationalität und sozialer Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen. Dies ist keineswegs eine triviale Prämisse, nicht einmal auf nationaler Ebene.<sup>4</sup> Von dieser demokratietheoretischen Kontroverse kann man

---

3 F.W. Scharpf, 'The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity', (2002) 40 *Journal of Common Market Studies*, 645-670. Es muss hervorgehoben werden, dass die Gründungsväter des Ordoliberalismus, denen wir die Theorie der ökonomischen Verfassung verdanken, auf die Interdependenz beider Sphären, die *Interdependenz der Ordnungen*, bestanden; siehe, einschlägig W. Eucken, *Grundzüge der Wirtschaftspolitik*, (Tübingen: Mohr/Siebeck, 1952, 6. Aufl. 1990, 180 ff.); aus der breiten Literatur zum Interdependenztheorem, siehe für eine besonders subtile Rekonstruktion, M. Wegmann, *Früher Neoliberalismus und europäische Integration: Interdependenz der nationalen, supranationalen und internationalen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (1932-1965)*, (Baden-Baden: Nomos, 2002), bes. 369 ff.

4 Erinnert sei hier nur an Friedrich A. von Hayek und seine These, die Wende zum Wohlfahrtsstaat führe auf *The Road to Serfdom* (London: Routledge, 1944). Um diesen Fragenkomplex ging es in der legendären Auseinandersetzung zwischen Wolfgang Abendroth und Ernst Forsthoff um die Gestalt der neuen Bundesrepublik [siehe

eine zweite Frage analytisch trennen, die den Integrationsprozess selbst betrifft: In dem Maße, in dem im Zuge der Vertiefung des Integrationsprozesses die Sozialstaatlichkeit auf nationaler Ebene erodiert, muss das soziale Defizit des europäischen Projekts politisch virulent werden und Forderungen nach einer Eingrenzung der Integration oder der Entwicklung eines europäischen Sozialmodells provozieren.

### *I.1 Europas Gleichgewicht in der formativen Phase des Integrationsprozesses*

Rechtswissenschaftliche Integrationstheorien sind Versuche, eine kontextuell (historisch, sozial und politisch) „angemessene“ rechtliche Konzeption zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Union) zu finden. Zwei dieser Bemühungen, die „Natur der Sache“ in seiner prägenden Phase zu erfassen, sind und bleiben wichtig:<sup>5</sup> Deutschlands Ordoliberalismus und Joseph Weilers Theorie des Supranationalismus.

Der Ordoliberalismus ist eine wichtige theoretische Tradition in Deutschland und ein gewichtiger ideeller Faktor deutscher Politik. Die ordolibérale Schule<sup>6</sup> rekonstruiert den rechtlichen Kern des europäischen Projekts als „Wirtschaftsverfassung“, für die keine Notwendigkeit demokratischer Legitimation besteht. Die im EWG-Vertrag garantierten Freiheiten, die Öffnung der nationalen Volkswirtschaften, die Anti-Diskriminierungsregeln und die Verpflichtung zu einem System ungehinderten Wettbewerbs wurden als eine „Entscheidung“ interpretiert, die eine Wirtschaftsverfassung stützt und die in Einklang steht mit der ordoliberalen Konzeption der Rahmenbedingungen für eine Marktwirtschaft. Die Tatsache, dass Europa seinen Integrationsweg als eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft begann, verlieh den ordoliberalen Argumenten Plausibilität – und machte sie sogar erforderlich: in ordoliberaler Perspektive

---

A. Fischer-Lescano & O. Eberl, ‘Der Kampf um ein soziales und demokratisches Recht. Zum 100. Geburtstag von Wolfgang Abendroth’, (2006) 51 *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 577-585] und sie kommt auch anderswo nicht zur Ruhe: Siehe etwa das Special Issue des (2004) 17 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence on Social Democracy* (Guest Editor: Colin Harvey).

5 *Viking* und *Laval* können sogar als ein Wiederaufleben ordoliberaler Ideen gelesen werden; siehe Abschnitt III.2 unten.

6 Innerhalb der ordoliberalen Schule war die europäische Integration zunächst keineswegs unumstritten (siehe M. Wegmann, FN 4). Wegmanns Analyse fügt sich hervorragend zur Untersuchung der politischen Dimension von Wettbewerbspolitik von Y. Karagiannis, ‘Preference Heterogeneity and Equilibrium Institutions: The Case of European Competition Policy’, PhD Thesis EUI Florence 2007, Kap. 7.

erwarb die Gemeinschaft eigene Legitimität durch die Interpretation der einschlägigen Bestimmungen als Vorschriften für eine rechtsgebundene Ordnung, die wirtschaftliche Freiheiten und den Schutz des Wettbewerbs durch supranationale Institutionen gewährleistet. Diese Legitimation ist unabhängig von derjenigen staatlicher demokratischer Institutionen. Aus diesem Grund setzt sie der Gemeinschaft Grenzen: in einer solchen Sichtweise erscheinen diskretionäre Wirtschaftspolitiken grundsätzlich illegitim.<sup>7</sup> Das ordoliberalereuropäische Gemeinwesen besitzt eine Doppelstruktur: auf supranationaler Ebene ist es wirtschaftlicher Vernunft und einem System des unverfälschten Wettbewerbs verpflichtet, während auf nationaler Ebene redistributive (Sozial-)Politiken verfolgt und weiterentwickelt werden können.

„Integration durch Recht“ ist das rechtliche Paradigma das außerhalb Deutschlands häufig mit der prägenden Ära der Europäischen Gemeinschaft in Zusammenhang gebracht wird.<sup>8</sup> Es ist kein Zufall, dass Generationen von Wissenschaftlern es zur Grundlage ihrer Untersuchungen nahmen oder versucht haben seine soziologische Basis zu entschlüsseln.<sup>9</sup> Die Stärke des Paradigmas mag in Teilen darin liegen, dass es auf Annahmen beruht, die nur dann offensichtlich werden, wenn wir Sozial- und Wirtschaftspolitik aus seiner Perspektive betrachten. Dann wird uns auch eine Affinität zum deutschen Ordoliberalismus bewusst: Sie besteht darin, dass Europas Verrechtlichung sich auf den Aufbau des europäischen Marktes konzentrierte, während das Soziale auf europäischer Ebene der intergouvernementalen Politik überlassen blieb.

Fritz Scharpfs Entkopplungsthese ist, zumindest an der Oberfläche, nicht als Beitrag zu den Debatten über die Konstitutionalisierung Europas gedacht. Aber sie beruht dennoch auf soziologischen Annahmen mit konstitutionellen Implikationen. Dies gilt insbesondere für das Argument, dass die soziale Integration kapitalistischer Gesellschaften ein Gleichgewicht zwischen sozialer und wirtschaftlicher Rationalität erfordere. Dies ist natürlich in erster Linie eine empirische Frage, aber mit offensichtlichen Folgen für die Legitimität des untersuchten Gemeinwesens.<sup>10</sup> Da wir davon ausgehen können, dass „Wohl-

---

7 Wichtig ist hier A. Müller-Armack, ‘Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes’, in: *ibid. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, (Freiburg i.Br.: Rombach, 1966), 401 ff.

8 Siehe den bahnbrechenden Beitrag von J.H.H. Weiler, ‘The Community system: the dual character of supranationalism’, (1981) 1 *Yearbook of European Law*, 257-306.

9 Jüngst A. Vauchet, ‘A Europe of Norms. A Political Sociology of a „Community of Law”’, Manuskript Florenz 2007.

10 Vgl. die klassischen Studien von J. Habermas: *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, (Farnkfurt a.M., Suhrkamp, 1973); *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1976).

fahrtsstaatlichkeit“ – trotz seiner sehr unterschiedlichen Modi – ein gemeinsames europäisches Erbe ist,<sup>11</sup> wird es für das Integrationsprojekt dringlich, sich mit diesem „sozialen“ Bereich zu beschäftigen.

Zusammenfassend kann man sagen: Europa wurde als duales Gemeinwesen begründet. Seine „wirtschaftliche Verfassung“ war unpolitisch in dem Sinne, dass sie nicht Gegenstand politischer Intervention wurde. Dies war ihre konstitutionell-supranationale *raison d'être*. Sozialpolitik wurde als gänzlich andere Kategorie behandelt. Sie gehörte zum Bereich der politischen Gesetzgebung und als solche hatte sie national zu bleiben. Die soziale Einbettung des Marktes konnte, und in der Tat sollte, von den Mitgliedstaaten in differenzierter Weise erreicht werden – und für etwa ein Jahrzehnt schien die Balance ausgeglichen zu sein.<sup>12</sup>

## *1.2 Die Vollendung des Binnenmarktes, die Erosion der Wirtschaftsverfassung und das Entstehen eines „Sozialen Europa“*

Das ursprüngliche Gleichgewicht sollte jedoch nicht stabil bleiben. Ein wichtiger Grund für diese Instabilität sind die Fortschritte im Integrationsprozess. In Anbetracht der Erwägungen im vorigen Abschnitt I ist dies nicht paradox, ja nicht einmal verwunderlich.

Das Weißbuch der Delors-Kommission an den Europäischen Rat von 1985<sup>13</sup> wird weithin als Wendepunkt und Durchbruch im Integrationsprozess gesehen. Jacques Delors' Initiative versprach, eine lange Phase der Stagnation zu überwinden; das Mittel zu diesem Zweck war die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas. Von nun an war anstelle von „Recht“ wirtschaftliche Rationalität als Leitmotiv Europas zu verstehen, als seine wichtigste Verpflichtung und regulative Idee. In diesem Sinne scheint es gerechtfertigt, Delors' Programmatik als einen bewussten Schritt hin zu einer Institutionalisierung wirtschaftlicher Rationalität zu charakterisieren. Das scheint noch plausibler, wenn wir die zwei sich ergänzenden institutionellen Innovationen des Vertrags von Maastricht betrachten, nämlich die Währungsunion und den Stabilitäts-

---

11 Siehe T. Judt, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, (New York, Penguin, 2005), z.B. 777 ff.

12 Dieses Argument fügt sich treffend in die Analyse des Übergangs 'Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation' von St. Leibfried & M. Zürn in ihren *Transformationen des Staates* (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2006), 19-8 CHECK.

13 Europäische Kommission, 'Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat', KOM(85) 310 endg. vom 14. Juni 1985.

pakt. Europa erschien, um Karls Polanyi zu variierend zu paraphrasieren, als eine „market embedded polity“.

Diese Wahrnehmung erwies sich jedoch bald als viel zu simpel.<sup>14</sup> Was als ein Versuch zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas begonnen hatte, führte zusammen mit den damit verbundenen (Deregulierungs-) Strategien schnell zur Verstrickung der EU in immer mehr Politikfelder und zur Entwicklung einer ausgefeilten Regulationsmaschinerie. Es war insbesondere das Interesse der europäischen Gesetzgebung und der Kommission an „sozialer Regulierung“ (Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutz), die dies in aller Deutlichkeit belegt. Das Gewicht und die Dynamik dieser Politikfelder wurden von den Befürwortern einer bloßen „Wirtschaftsverfassung“ gründlich unterschätzt. Ebenso wichtig und ebenso wenig überraschend war die Tatsache, dass sich der Integrationsprozess mit der Vollendung des Binnenmarktes vertiefte und immer mehr Politikbereiche beeinflusste. Dies war signifikant nicht so sehr im Hinblick auf sein tatsächliches Gewicht, aber mit Blick auf Europas „soziales Defizit“ und damit in Bezug auf neue Bemühungen zur Stärkung der europäischen Präsenz in den Bereichen der Arbeits- und Sozialpolitik.

Diese Tendenzen dominierten die Ausarbeitung des Maastricht-Vertrags, der 1992 verabschiedet wurde. Das ist auch der Grund, warum die Änderung des EG-Vertrags, die offiziell als eine Vertiefung und Konsolidierung des Integrationsprojekts präsentiert wurde, auf heftige Kritik traf. Die schärfste Kritik kam nicht aus der politischen Linken, sondern von den Befürwortern der „neuen“ Wirtschaftsphilosophie und insbesondere von Deutschlands Ordoliberalen.<sup>15</sup> Und wirklich, der Maastricht-Vertrag von 1992 kann als ein Bruch mit der ordoliberalen Wirtschaftsverfassung gelesen werden. Nach der ausdrücklichen Anerkennung und Stärkung neuer politischer Kompetenzen, die durch Maastricht erreicht wurden, schien es einfach nicht mehr plausibel zu sein, dem „System des ungehinderten Wettbewerbs“ eine konstitutive Funktion zuzuweisen, weil dieses „System“ selbst zu einem unter vielen anderen herabgestuft wurde. Darüber hinaus löste die Ausweitung der Kompetenzen im Arbeits- und Arbeitsförderungsrecht durch das Maastrichter Sozialprotokoll mit dem „Abkommen über die Sozialpolitik“ die ehemals klare Abgrenzung zwischen Europas (unpolitischer) Wirtschaftsverfassung und der politischen Ver-

---

14 Siehe zum folgenden detaillierter Ch. Joerges, ‘Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty’, in: R. Dehousse (Hrsg.), *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?* (München, C.H. Beck, 1994), 29-62 sowie die Rekonstruktion in K.W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft. Teil II. Vom der sozial-liberalen Koalition bis zur Wiedervereinigung* (Tübingen, Mohr/Siebeck) 44-60.

15 Siehe M. Streit & W. Mussler, ‘The Economic Constitution of the European Community. From „Rome” to „Maastricht”’, (1995) 1 *European Law Journal*, 5-30.

antwortung der Mitgliedstaaten für ihre Sozial- und Arbeitspolitik auf.

Bis heute hat sich kein Konsens über die Auslegung dieser neuen Konstellation herausgebildet. Ist dies ein Resultat kontingenter Ereignisse und Entscheidungen? War hier eine tiefere „Logik“ am Werk? Schon im Jahre 1944 hatte Karl Polanyi in seiner bahnbrechenden „Great Transformation“ argumentiert, dass Märkte immer „sozial eingebettet“ sind.<sup>16</sup> Polanyi hat die politischen und normativen Implikationen seiner soziologischen Beobachtungen nicht näher präzisiert, die europäische Erfahrung scheint im Prinzip aber vereinbar mit seiner grundlegenden Erkenntnis zu sein.<sup>17</sup> Sobald es offensichtlich wurde, dass Märkte nicht einfach als Mechanismen, die automatisch und perfekt Angebot und Nachfrage regeln, verstanden werden können, galt auch für Europa:

„[t]he critical question is no longer the quantitative issue of how much state or how much market, but rather the qualitative issue of how and for what ends should markets and states be combined and what are the structures and practices in civil society that will sustain a productive synergy of states and markets“.<sup>18</sup>

Unsere Behauptung ist, dass uns die These der „sozialen Einbettung“ helfen kann zu verstehen, warum Europa eine immer anspruchsvollere ordnungspolitische Maschinerie entwickelt hat, der die Ordnung des Binnenmarkts anvertraut wurde – und warum die sozialen Defizite des europäischen Integrationsprojekts ein wichtiger Teil der europäischen Agenda geworden sind.

## **Abschnitt II: Kollisionsrecht als Form europäischer Verfassung**

Juristen sind nicht die ersten, die die historischen, politischen und soziologischen Faktoren der Rechtsentwicklung zu entziffern haben. Ihre Berufung ist es in erster Linie, rechtliche Begrifflichkeiten zu entwickeln, die kompatibel sind mit dem, was wir über den Kontext des Rechts wissen und gleichzeitig zu erklären, ob und unter welchen Bedingungen eine bewusste Anpassung an die-

---

16 K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, (1944), (Boston: Bacon Press, 1992), bes. 45-58 und 71-80.

17 Dazu jetzt James Caporaso and Sidney Tarrow, 'Polanyi in Brussels. European Institutions and the Embedding of Markets in Society', RECON Online Working Paper 2008/01, <http://www.reconproject.eu/main.php/RECON>.

18 Siehe F. Block, 'Towards a New Understanding of Economic Modernity,' in: Ch. Joerges, B. Stråth & P. Wagner (Hrsg.), *The economy as a polity. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, (London, UCL Press, 2005), 3 und jüngst J. Beckert, 'The Great Transformation of Embeddedness: Karl Polanyi and the New Economic Sociology', MPIfG Discussion Paper 07/1.

se Kontexte „Anerkennung verdient“.

Dies ist keinesfalls ein revolutionärer Vorschlag, sondern eine ständige Herausforderung für die Rechtswissenschaft, insbesondere für die Forschung zum europäischen Recht, die konfrontiert ist mit einem sich ständig wandelnden Gegenstand und so gezwungen ist, eine „Wandelverfassung“ zu konzipieren.<sup>19</sup> Die Idee einer neuen Art des Kollisionsrechts als grundlegende Form der rechtlichen Verfassung Europas, die in diesem Abschnitt vertreten wird, sollte unter diesem Aspekt gelesen werden. Unser Vorschlag ist in seiner Substanz weniger idiosynkratisch als die verwendete Terminologie nahe legen mag. Sein Kernargument ist in der Tat recht einfach. Bereits 1997 haben Jürgen Neyer und Christian Joerges unter der Überschrift „deliberativer Supranationalismus“ (im Gegensatz zum „orthodoxen“) vorgelegt:<sup>20</sup>

„The legitimacy of governance within constitutional states is flawed in so far as it remains inevitably one-sided and parochial or selfish. The taming of the nation-state through democratic constitutions has its limits. [If and, indeed, because] democracies pre-suppose and represent collective identities, they have very few mechanisms [through which] to ensure that ‘foreign’ identities and their interests are taken into account within their decision-making processes“.<sup>21</sup>

Wenn die normative Funktion der supranationalen Institutionen danach entworfen werden kann, diese Mängel zu beheben – gleichermaßen als eine Korrektur von Staatsversagen im Sinne eines Legitimitätsversagens nationaler Demokratien – dann kann Legitimität aus eben dieser kompensatorischen Funktion entstehen. Um eine aktuelle Reformulierung zu zitieren:

„We must conceptualise supranational constitutionalism as an alternative to the model of the constitutional nation-state which respects that state’s constitutional legitimacy, but, at the same time, clarifies and sanctions the commitments arising from its interdependence with equally democratically legitimised states and with the supranational prerogatives that an institutionalisation of this interdependence requires.“<sup>22</sup>

Dies ist natürlich nicht die Art und Weise wie die supranationale Gültigkeit des

---

19 H.P. Ipsen, ‘Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration’, in: J. Schwarze (ed.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, (Baden-Baden: Nomos, 1982), 29 ff.

20 Ch. Joerges & J. Neyer, ‘From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes’, (1997) 3 *European Law Journal*, 273-299.

21 *Ibid.*, 293.

22 Ch. Joerges ‘„Deliberative Political Processes” Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making’, (2006) 44 *Journal of Common Market Studies*, 779-802, 790.

europäischen Rechts ursprünglich verstanden und gerechtfertigt wurde. Glücklicherweise jedoch kann die methodisch wie theoretisch gewagte und praktisch erfolgreiche EuGH-Entscheidung zugunsten einer europäischen rechtlichen Verfassung<sup>23</sup> auf diese Weise rationalisiert werden. Die europäische „Föderation“ hat so eine rechtliche Verfassung gefunden, die nicht darauf abzielen muss, Europa zu einem Staat zu machen, sondern in der Lage ist ihre Legitimität daraus abzuleiten, einen Ausgleich für die demokratischen Defizite der Nationalstaaten zu bieten. Genau das ist der Punkt des deliberativen Supranationalismus. Bestehendes europäisches Recht hatte, so lautete das Argument, Prinzipien und Regeln rechtskräftig gemacht, die supranationale Anerkennung fanden, weil sie eine greifbares Gemeinschaftsprojekt begründeten: Mitglieder der Gemeinschaft können ihre Interessen oder Gesetze nicht ohne Einschränkungen umsetzen, sondern sind verpflichtet, die europäischen Freiheiten zu respektieren; es ist ihnen verboten, zu diskriminieren und sie dürfen nur legitime, regulative Maßnahmen verfolgen, die durch die Gemeinschaft absegnet wurden; im Verhältnis zu den Zielen, die sie durch Regulierung anstreben, müssen sie sich miteinander abstimmen und sie müssen ihre nationalen Systeme in eine möglichst gemeinschaftsfreundliche Form bringen.

Warum sollte nun diese Art von Recht als eine neue Art von Kollisionsrecht verstanden werden? Der Begriff selbst erinnert uns an die innere Vielfalt Europas; er repräsentiert die Anstrengungen in Vielfalt zu leben anstatt nach Uniformität zu streben und die Tatsache, dass Vielfalt eine Ursache von Interessenkonflikten ist sowohl horizontal, zwischen den Mitgliedstaaten und gesellschaftlichen Akteure als auch vertikal, zwischen den verschiedenen Ebenen der Regierungsführung und den institutionellen Akteuren, die diese vertreten.<sup>24</sup> Auf der anderen Seite hat sich Kollisionsrecht traditionell – in all seinen Subdisziplinen: dem internationalen Privatrecht, internationalen Verwaltungsrecht, dem internationalem Arbeitsrecht etc. – geweigert, ausländischem öffentlichen Recht unterliegende Rechtsverhältnisse in das eigene Rechtssystem zu integrieren; denn jeder Staat ist für den internationalen Geltungsbereich seines eigenen öffentlichen Rechts ebenso wie für dessen Durchsetzung allein verantwortlich. Traditionelles Kollisionsrecht ist deshalb ein paradigmatisches Beispiel für das, was Michael Zürn als „methodologischen Nationalismus“ charakterisiert.<sup>25</sup> Das „neue“ europäische Kollisionsrecht muss diese Feindseligkeit na-

---

23 Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos* ./ *Niederländische Finanzverwaltung*.

24 R. Mayntz, ‘The Architecture of Multi-level Governance of Economic Sectors’. MPIfG Discussion Paper 07/13, 22-24.

25 M. Zürn, ‘Politik in der postnationalen Konstellation’, in: Ch. Landfried (Hrsg.), *Politik in der entgrenzten Welt*, (Opladen: Westdeutscher Verlag, 2001), 181-204.



türlich überwinden.<sup>26</sup> Und die eben genannten Grundsätze tun genau das: sie leiten die Suche nach Antworten auf sich widersprechende Forderungen, wenn kein höheres materielles Recht verfügbar ist. „Ausländischen“ Belangen eine Stimme zu verleihen, bedeutet in der EU in erster Linie, dass Mitgliedstaaten ihre Gesetze gegenseitig „anerkennen“ (dass sie bereit sind, ausländisches Recht „anzuwenden“), dass sie rechtliche Unterschiede tolerieren und darauf verzichten, auf ihre eigene *lex fori* und ihre nationalen Interessen zu bestehen. Das europäische Recht des Kollisionsrechts ist „deliberativ“, dadurch dass es sich nicht mit der Berufung auf die Überlegenheit des europäischen Rechts begnügt; es ist „europäisch“, weil es versucht, Prinzipien und Regeln herauszustellen, die die verschiedenen Gesetze innerhalb der EU miteinander kompatibel machen.<sup>27</sup> Der Ansatz des Kollisionsrechts sieht einen horizontalen Konstitutionalismus für die EU vor. Er distanziert sich sowohl von der Orthodoxie des überkommenen nationalen Kollisionsrechts als auch vom orthodoxen Supranationalismus, der *top down*-Lösungen für die Vielfältigkeit Europas vorsieht. Es versucht zu erreichen, was der Entwurf des Verfassungsvertrags als „Leitspruch der Union“<sup>28</sup> benannte, nämlich die Vision eines „in Vielfalt geeinten“ Europas. – Erschließt sich so eine neue Perspektive zur Behebung von Europas sozialem Defizit?

---

26 Für die Disziplin des Internationalen Privatrechts wird der hier angesprochene Formwandel vom überkommenen nationalen zu einem supranationalen Kollisionsrecht entfaltet bei F. Rödl, 'Weltbürgerliches Kollisionsrecht. Über die Form des Kollisionsrechts und seine Gestalt im Recht der Europäischen Union', PhD Thesis EUI Florence 2008.

27 Wir müssen hier davon absehen, zwei weitere Implikationen zu erläutern. Eine davon ist methodologischer Natur: Europäisches Kollisionsrecht bedarf einer Prozeduralisierung der Kategorie Recht. Es muss als ein 'law of law-making' verstanden werden (i.S. von F.I. Michelman, *Brennan and Democracy*, NJ: Princeton UP, 1999, 34), als ein Rechtfertigungs-Recht (R. Wiethölter, 'Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts', in: Ch. Joerges & G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2005), 13-21). Die zweite Implikation betrifft die Notwendigkeit für eine zweite Ordnung des Kollisionsrechts. Diese Notwendigkeit gründet im Governance-Turn, der sich auf europäischer aber auch auf nationalstaatlicher Ebene beobachten lässt. Ebenso wie die Nationalstaaten lernen mussten mit komplexen Konfliktsituationen umzugehen, Expertise in die rechtliche Entscheidungsfindung einzubinden und mit Nichtregierungsorganisationen zu kooperieren, so musste die EU Governance-Arrangements etablieren, die ihr Primär- und Sekundärrecht ergänzt. 'Second order conflict of laws' versuchen diese Sphäre in erster Linie durch eine Prozeduralisierung des Rechts zu konstitutionalisieren; siehe detaillierter Ch. Joerges, 'Integration durch Entrechtlichung?' (FN \*).

28 Artikel I-8 des Vertrags über eine Verfassung für Europa, ABL. C310/1, 16/12/2004, der im Reformvertrag keine Entsprechung mehr findet.

### **Abschnitt III: Weiche und harte Antworten auf die Frage nach einem sozialen Europa**

In einem neueren Essay über den Zustand der Europäischen Union nach der Unterzeichnung des Reformvertrags hat Jürgen Habermas die Tendenz der deutschen Sozialdemokraten problematisiert, auf die Risiken der wirtschaftlichen Globalisierung mit den Mitteln des nationalen Sozialstaats zu antworten. Wäre es nicht vorzuziehen, fragte er, nach koordinierten Antworten innerhalb des gesamten Europäischen Wirtschaftsraums zu suchen?<sup>29</sup> Diese Fragestellung erkennt implizit die Bedeutung des europäischen sozialen Defizits an. Aber welche Antworten gibt es? Wir erleben derzeit zwei scheinbar widersprüchliche, in der Tat aber komplementäre Reaktionen, nämlich, die Hinwendung zu Formen der „soft governance“ auf der einen Seite und die Rückkehr zum orthodoxen Supranationalismus auf der anderen Seite.

#### *III.1 „Soziale Marktwirtschaft“, soziale Rechte und weiche Koordination*

Die erste Alternative war die Option, die im Entwurf des Verfassungsvertrages<sup>30</sup> verfolgt und von einer großen Zahl seiner Anhänger unterstützt wurde, und die sich weitgehend unverändert im so genannten Reformvertrag von Lissabon findet. Ein „soziales Europa“ sollte auf drei Pfeilern ruhen: der Verpflichtung zu einer „soziale[n] Marktwirtschaft“,<sup>31</sup> den „sozialen Rechte[n]“<sup>32</sup> und den neuen *soft law*-Techniken für die Koordinierung der Arbeits(markt)- und Sozialpolitik.<sup>33</sup> Joschka Fischer und Dominique de Villepin, denen wir die verfassungsmäßige Relevanz des Konzepts der „sozialen Marktwirtschaft“ verdanken, gaben damit ein politisches Signal. Aber sie waren sich der Abhängigkeit von wirtschaftlicher und sozialer Verfassung in der Theorie der „soziale Marktwirtschaft“ kaum bewusst. Ihr Erbe hätte erfordert, was noch keine

---

29 'Erste Hilfe für Europa', DIE ZEIT Nr.49/2007.

30 Der Vertrag von Lissabon unterzeichnet am 13. Dezember 2007 vertieft diese Agenda nicht weiter.

31 Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 1 Vertrag von Lissabon.

32 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Titel IV: Solidarität.

33 Siehe vor allem Artikel 5 Abs. 2, 3 AEUV. Der rechtliche Effekt dieser angeblichen Konstitutionalisierung des Offenen Koordinierungsverfahrens (dazu Rödl, 'Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“', oben FN \* gegenüber den seit der Reform von Amsterdam im EG-Vertrag enthaltenen Vorschriften der Artikel 147 Absatz 1 AEUV [ex 127 EG] und Artikel 153 Absatz 2 Litera a) AEUV [ex Art. 137 EG] ist indes noch nicht aufgeklärt.

Notwendigkeit in der prägenden Phase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war, nämlich einen Ausgleich für die Entkoppelung der beiden Sphären im Europäischen Vertragswerk.<sup>34</sup> So ruhten alle Hoffungen auf eine Besserung auf der Einführung neuer sozialer Rechte und Koordinationskompetenzen.<sup>35</sup> Aber diese Erwartungen waren nie substantiell begründet.<sup>36</sup> Tritt der Reformvertrag von Lissabon eines Tages wirklich in Kraft, werden jene Institutionen, Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“, soziale Rechte und das offene Koordinierungsverfahren für Arbeit- und Sozialpolitik, zum Bestand der europäischen Verfassung gehören, doch sind ihre Erträge aus heutiger Sicht höchst ungewiss. Im gegenwärtigen Kontext aber können und brauchen wir die intrinsischen Verdienste und Fehler dieser Optionen nicht im Einzelnen zu untersuchen, da die jüngste Rechtsprechung des EuGH die Tagesordnung erneut geändert hat. Nach den Urteilen in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* muss gefragt werden, was das Ziel sanfter Methoden der Koordinierung in Konfrontation mit den harten Gesetzen der negativen Integration sein kann.

### III.2 Die EuGH-Entscheidungen in den Fällen *Viking* und *Laval*<sup>37</sup>

Die beiden Fälle haben in den letzten Jahren große Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Die Konflikte mit denen sie zu tun haben, stehen in direktem Zusammenhang zur neuen sozioökonomischen Vielfalt in der Union nach der Osterweiterung. In beiden Fällen verteidigen „alte“ (Hochlohn-) Mitgliedstaaten den Grundsatz, dass ihr Lohnniveau nicht durch niedrige Lohnangebote aus den neuen Mitgliedstaaten ausgehöhlt werden darf. In beiden Fällen berufen sich diese Staaten auf die wirtschaftlichen Freiheiten, die durch den Vertrag garantiert sind und nicht zuletzt von Unternehmen in alten Mitgliedsstaaten, die zu Hause auf dem Lohnniveau ihren östlichen Nachbarn arbeiten wollen, strategisch eingesetzt werden. „It is a bracing reminder to EU lawyers of the power of political and economic context to influence legal doctrine“, bemerkt Brian Bercusson,<sup>38</sup> „that the new Member States making submissions were

---

34 Siehe detaillierter Ch. Joerges & F. Rödl, ‘The „Social Market Economy” as Europe’s Social Model?’, oben FN \*.

35 Siehe die Beiträge in G. de Búrca & B. de Witte (Hrsg.), *Social Rights in Europe*, (Oxford: Hart, 2005), G. de Búrca & J. Scott (Hrsg.), *Law and New Governance in the EU and the US*, (Oxford: Hart, 2006).

36 Siehe ‘The „Social Market Economy” as Europe’s Social Model?’, oben FN \*.

37 Für eine ausführliche Analyse beider Urteile, die im Fall *Viking* zu einigen ähnlichen, im Fall *Laval* jedoch zu entgegen gesetzten Ergebnissen führt, siehe N. Reich, *Free movement vs. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the ECJ*, *German Law Journal* 9 (2008), 125-161.

38 ‘The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day’, (2007) 13 *Eu-*

unanimous on one side of the arguments on issues of fundamental legal doctrine (horizontal direct effect, discrimination, proportionality) and the old Member States virtually unanimous on the other.“

### *III.2.a Viking: Primärrechtliche Freiheiten und einzelstaatliche Arbeitsverfassungen*

Die Kläger im *Viking* Fall<sup>39</sup> sind eine finnische Reederei (Viking) und ihre estnische Tochtergesellschaft. Viking ist ein großer Fährunternehmer, der unter anderem die Fähre *Rosella* betreibt, die in Finnland registriert war. Ihre Besatzung war zudem überwiegend finnisch. Ein von der finnischen Seefahrergewerkschaft ausgehandelter Tarifvertrag sah vor, dass die Löhne und Arbeitsbedingungen dem finnischen Niveau entsprachen. Da der Betrieb der *Rosella* aber keinen hinreichenden Gewinn einbrachte, beschloss Viking, die Fähre nach Estland umzuflaggen. Die finnische Mannschaft sollte durch nach estnischem Arbeitsrecht erheblich billigere estnische Seeleute ersetzt werden. Hierauf reagierte die finnische Seemannsgewerkschaft mit Streikdrohungen. Darüber hinaus sind sowohl die finnische als auch die estnische Seemannsgewerkschaft Mitgliedsorganisationen der Internationalen Transportarbeiter-Föderation (ITF). Eine der politischen Hauptangriffspunkte der ITF sind „Billigflaggen“. Es ist das Ziel der ITF zu erreichen, dass Tarifverträge nach dem Recht des Ortes geschlossen werden, an dem das wirtschaftliche Eigentum und die unternehmerische Kontrolle des Schiffes situiert sind. Auf diese Weise versucht sie, Seeleute gegen Niedriglohnstrategien von Arbeitgebern wie Viking zu schützen, die ihre Seeleute mit einer Belegschaft aus Niedriglohnländern ersetzen. Im Falle der Viking lagen Eigentum und Kontrolle in Finnland, weshalb nach den internen Regeln der ITF allein finnische Gewerkschaften zu Tarifabschlüssen mit Viking berufen waren. Dementsprechend übersandte die ITF ihren Mitgliedsgewerkschaften die schriftliche Aufforderung, keine Tarifverhandlungen mit Viking aufzunehmen, ein Ansinnen, das namentlich die estnische Gewerkschaft auch befolgte.

Viking klagte darum gegen die gewerkschaftlichen Aktivitäten, zunächst in Helsinki und in einem neuen Verfahren unter Berufung auf den Sitz der ITF in London beim High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Divi-

---

*ropean Law Journal*, 279-308.

39 Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*. Für eine detaillierte Analyse siehe B. Bercussion (FN 37) und *id.*, „Six Scenarios in Search of an Author...“ Or Solutions for the European Court in the Cases of *Laval* and *Viking*, (Manuscript, London, 2007).

sion (Commercial Court), ein strategisches *forum shopping*, das die europäischen zivilprozessualen Zuständigkeitsregeln (Art. 6 Nr. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 60 Abs. 1 Lit. a) EuGVVO<sup>40</sup>) möglich machten. Viking argumentierte unter anderem, dass die Streikdrohungen der finnischen Gewerkschaft und die politischen Aktivitäten der ITF mit Vikings Niederlassungsfreiheit, wie sie Artikel 43 EG garantiere, unvereinbar seien.

Zwei Aussagen sind in der Entscheidung des EuGH von besonderem Interesse. Vollmundig heißt es da:

„[D]as Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts [ist] als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt [...]“<sup>41</sup>

Dieser schönen Bestätigung der Existenz eines Grundrechts der Arbeitnehmer auf Streik, verdankt sich der Beifall, der der Entscheidung nicht zuletzt von Seiten der europäischen Gewerkschaften gezollt wurde.<sup>42</sup> Alles andere als Beifall hat aber jedenfalls der dann folgende Schritt verdient, mit dem der EuGH das überlieferte Gleichgewicht zwischen den wirtschaftlichen Freiheiten auf europäischer und der sozialen Rechte auf nationaler Ebene grundlegend rekonfiguriert:

„[Es] genügt der Hinweis, dass es den Mitgliedstaaten in den Bereichen, für die die Gemeinschaft nicht zuständig ist, zwar grundsätzlich weiterhin freisteht, die Bedingungen für den Bestand der fraglichen Rechte und die Modalitäten ihrer Ausübung festzusetzen, dass sie aber gleichwohl gehalten sind, das Gemeinschaftsrecht bei der Ausübung dieser Befugnis zu beachten.“<sup>43</sup>

Es ist ein vermeintlich marginaler Schritt, den das Gericht hier unternimmt. Der EuGH zieht scheinbar nur die weithin bekannten und anerkannten gemeinschaftsrechtlichen Kriterien bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Ein-

---

40 Die nach englischem internationalem Zivilprozessrecht im Fall wohl eigentlich angezeigte und auch in den Instanzen erörterte Verneinung der Zuständigkeit der englischen Gerichte und Verweis auf die finnischen Gerichte auf der Grundlage von *forum non conveniens*-Doktrin kann unter der EuGVVO nicht mehr greifen (EuGH, Urt. v. 1.03.2005 – Rs. C-281/02 (*Owusu*), Tenor in: ABl. C 106/2, 30.04.2005).

41 Rs. C-438/05, Rz. 44.

42 Presseerklärung der Europäischen Gewerkschaftsbundes vom 11.12.2007, verfügbar unter <http://www.etuc.org/a/4376>, zuletzt besucht am 4.2.2008. Ob die Verneinung eines europäischen Grundrechts auf Streiks nicht nur aber auch mit Blick auf die Entscheidung EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – Rs. C 67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751) tatsächlich so sehr im Bereich des Realistischen lag, dass sich eine Konzentration auf diesen Aspekt rechtfertigte, möchten wir an dieser Stelle doch bezweifeln.

43 C-438/05, Rz. 40.

schränkungen durch nationales Recht heran. Allerdings geht es im vorliegenden Fall um eine grundrechtlich geschützten Autonomie, zu deren Ausgestaltung die Union eigentlich nicht berufen ist, wie sich nicht zuletzt an Art. 137 Abs. 5 EG ablesen lässt, der das „Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“ grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten verortet.

Die zweite Aussage des EuGH betrifft die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen der vom mitgliedstaatlichen Recht grundrechtlich garantierten Freiheiten im Bereich der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassungen. Denn zunächst einmal wird die eben herausgestellte bemerkenswerte Reichweite des Artikels 43 EG zumindest scheinbar abgemildert. Der Gerichtshof zieht seine aus den Rechtssachen *Schmidberger*<sup>44</sup> und *Omega*<sup>45</sup> bekannte Formel heran, der zufolge

„der Grundrechtsschutz ein berechtigtes Interesse ist, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit [...] bestehen.“<sup>46</sup>

Doch es folgt:

„Allerdings hat der Gerichtshof in den Urteilen *Schmidberger* und *Omega* entschieden, dass die Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie der Menschenwürde, nicht außerhalb der Bestimmungen des Vertrags liegt und dass sie mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss.“<sup>47</sup>

Mit dieser asymmetrischen (diagonalen) Kurzschließung der Grundfreiheiten der europäischen Wirtschaftsverfassung mit den Grundrechten nationaler Arbeitsverfassung wird freilich die über das Prinzip enumerativer Kompetenzen eigentlich zu sichernde Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialordnung überrollt. Dieser bemerkenswerte Zug wird noch zusätzlich effektiviert, indem die Pflicht zur Achtung unternehmerischer Freiheiten nicht nur dem mitgliedstaatlichen Arbeitsrecht aufgegeben wird. Sie trifft vielmehr auch unmittelbar die nach diesem Recht berechtigten Gewerkschaften<sup>48</sup> – und dies

---

44 EuGH, Urte. v. 12.06.2003 – Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5659.

45 EuGH, Urte. v. 14.10.2005 – Rs. C 36/02 (*Omega*), Slg. 2004, I-9609.

46 C-438/05, Rz. 45.

47 Ibid, Rz. 46.

48 Unhaltbar erscheint uns die Erweiterung privater „grundfreiheitlichen Haftung“ auf die Politik der ITF, die sich im Streitfall in der Versendung eines Schreibens materialisierte. Sie geht mutmaßlich zurück auf Ausführungen von GA Maduro (GA Maduro,

obgleich sie mit den fraglichen Streikdrohungen gerade keine einseitige Regulierung vornehmen, welche staatlicher Rechtsetzung vergleichbar wäre.<sup>49</sup>

Nach diesen Paukenschlägen schlägt der EuGH versöhnlichere Töne an, die im Falle *Laval* nochmals zu hören sein werden:

„[D]ie Tätigkeit der Gemeinschaft [umfasst] nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c und j EG nicht nur ‘einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist’, sondern auch ‘eine Sozialpolitik’ .... Art. 2 EG bestimmt nämlich, dass es u. a. Aufgabe der Gemeinschaft ist, ‘eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens’ sowie ‘ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz’ zu fördern.“

Da die Gemeinschaft somit nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 Abs. 1 EG hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen.<sup>50</sup>

Was folgt aus all dem? Grundsätzlich legitimiere dieser „soziale Zweck“ Streikaktionen, die den „Schutz der Arbeitsplätze und der Arbeitsbedingungen“ zum Ziel haben. Bedingung hierfür sei aber zum einen, „dass die fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen ... gefährdet oder ernstlich bedroht waren“, und zum anderen, dass die ergriffene Maßnahme „geeignet ist,

---

Schlussanträge v. 23.05.2007 - Rs. C-438/05 (*Viking*), Rn. 71, 72), der die bemerkenswerte Auffassung zu vertreten scheint, dass effektive transnationale gewerkschaftliche Organisation einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten darstelle. Die ITF nimmt selbst aber ohnehin keine gewerkschaftlichen Rechte in Anspruch, sondern Rechte politischer Organisations- und Handlungsfreiheit. Wir können diesen Aspekt hier nicht eingehend entfalten. Bemerkt sei jedoch, dass hier (Rs. C-438/05, Rz. 64 f.) eine Entgrenzung horizontaler Grundfreiheitswirkung droht, die in höchstem Maße kritische Aufmerksamkeit verdient.

49 *Ibid.*, Rz. 57. Wir müssen davon absehen, das Fallrecht zu analysieren, auf das sich der Gerichtshof beruft. Es mag genügen, daran zu erinnern, wie umsichtig Gemeinschaftsrecht und Gemeinschaftspolitik gegen die Beschränkungen des freien Warenverkehrs durch nicht-staatliche Normen vorgegangen sind. Vgl. dazu H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, (Oxford: Hart, 2005), 37 ff.

50 Rs. C-438/05, Rz. 78-79; dies wird in *Laval* wortgleich bestätigt (Rs. C-341/05, Rz. 104-105).

die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und „nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist“.<sup>51</sup>

Der Gerichtshof überlässt diese Bewertung dem zuständigen nationalen – in diesem Falle pikanterweise: englischen<sup>52</sup> – Gericht. Freilich gibt der Gerichtshof noch Hinweise, die dafür sprechen würden, dass die Maßnahmen der finnischen Gewerkschaft mutmaßlich nicht „erforderlich“ gewesen waren.<sup>53</sup> Viking hatte nämlich angeboten im Zuge der Ausflagging keine finnischen Arbeitnehmer zu entlassen. Geplant war seitdem offenbar, die teure finnische Besatzung nicht mehr mit einem Schlag sondern nur mehr schrittweise – über das Auslaufen von befristeten Arbeitsverträgen und durch Umsetzungen – durch eine billige estnische Besatzung abzulösen. Dieses Zugeständnis hätte also lediglich bedeutet, die ökonomische Rendite des Ausflaggens für Viking zu strecken. In Gestalt jener unbestimmten Hinweise des Gerichtshofes wird also abschließend – nach der europäischen Usurpation der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassung durch die europäische Wirtschaftsverfassung und einer unmittelbaren Verpflichtung der Gewerkschaft auf deren Imperative – das gewerkschaftliche Grundrecht noch zu einem Recht zum Schutz bestehender Arbeitsverträge ausgedünnt.

Im Ergebnis bedeuten die Wendungen des EuGH nicht anderes als eine Entmachtung der finnischen Gewerkschaften, eine Relativierung ihres Streikrechts durch eine Unternehmerfreiheit von verfassungsmäßigem Rang. Sie revidiert das finnische Sozialmodell freilich nicht im Namen einer Europäischen Wirtschaftsverfassung – eine entsprechende Argumentation wäre im Hinblick auf die Herabstufung „des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs“ von einem Ziel zu einem reinen Instrument durch den Vertrag von Lissabon<sup>54</sup> schwer nachvollziehbar –, sondern im Namen einer unvollständigen europäischen Sozialverfassung und ungeachtet der den Mitgliedstaaten durch Artikel 137 Abs. 5 EG vorbehaltenen Kompetenzen.

---

51 Rs. C-438/05, Rz. 81, 84.

52 Aufgrund des Ausschlusses der britischen Rechtsordnung aus der Grundrechte-Charta des Reformvertrages (vgl. „Protokoll über die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich“) ergeben sich nach einem Inkrafttreten des Reformvertrages unter Umständen weitere Komplikationen.

53 Rs. C-438/05, Rz. 81-83.

54 Vgl. Art. 4 EG und Art. 3 Abs. 2 VVE einerseits und Art. 2 EUV andererseits.



### III.2.b Laval: Europäisches Sekundärrecht und mitgliedstaatliche Streikautonomie

Im Fall *Laval*<sup>55</sup> klagt eine Gesellschaft nach lettischem Recht mit Sitz in Riga. Lavals vormalige schwedische Tochtergesellschaft (Bygg AB) – später waren beide Unternehmen nur noch über die Identität ihrer Kapitaleigner, Geschäftsführer und Marke verbunden<sup>56</sup> – hatte die Ausschreibung für den Bau einer Schule am Stadtrand von Stockholm gewonnen. Zur Erlangung der Ausschreibung hatte Bygg davon profitiert, Arbeitnehmer mit erheblich niedrigerem Lohnniveau aus Lettland nach Schweden zu entsenden. Im Mai 2004 schickte Laval mehrere Dutzend seiner Mitarbeiter zu den Arbeiten an die schwedische Baustelle.

Zur primärrechtlichen Frage nach der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EG) hat sich der EuGH ganz so verhalten wie in seiner Entscheidung in *Viking*.<sup>57</sup> Zusätzliche Erkenntnisse bietet *Laval* für das Sekundärrecht, nämlich die Richtlinie 96/71/EG<sup>58</sup> über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen aus dem Jahr 1996. Diese Richtlinie harmonisiert die materiell-rechtlichen Bestimmungen zur Beschäftigung entsandter Arbeitnehmer nicht, sondern sie schreibt den Mitgliedstaaten vor, die Arbeitsverhältnisse der in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer für eine Reihe von so genannten Kernarbeitsbedingungen (Art. 3 Abs. 1 Entsende-RiLi) den eigenen gesetzlichen und tariflichen Mindestarbeitsbedingungen zu unterstellen.<sup>59</sup>

Schweden hatte die Entsenderichtlinie im Jahr 1999 umgesetzt. Die umsetzenden Rechtsvorschriften enthielten einige gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen etwa zur Arbeitszeit, aber insbesondere nicht zum Mindestlohn, und

---

55 Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*.

56 *Ibid.*, Rz. 43.

57 S. den vorangegangenen Abschnitt, Text zu FN 46 ff.

58 Richtlinie 96/71/EG, ABl. L 18/1996, 1.

59 Diese Verpflichtung zur Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeitsverhältnisse muss im Lichte der bis zum Erlass der Richtlinie bereits gefestigten Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes gesehen werden, der zufolge das Recht der Grundfreiheiten bereits eine entsprechende Erlaubnis enthielt und auch etwa von Frankreich und Deutschland genutzt worden war (vgl. W. Eichhorst, Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit. Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU, Frankfurt/Main: Campus 2000, 185 ff.). Zur systematischen Rekonstruktion der Richtlinie im Kollisionsrecht in F. Rödl, 'Weltbürgerliches Kollisionsrecht', FN 27, Teil 2, B II.2.

sie hatten auch kein System der internen Allgemeinverbindlicherklärung eingeführt. Letzteres setzt aber Artikel 3 Absatz 1 2. Spiegelstrich der Richtlinie voraus, um tarifliche Normen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse anzuwenden. Schweden hatte statt dessen Gebrauch von der Sonderregelung in Artikel 3 Absatz 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie machen wollen, der zufolge auch faktisch allgemein verbindliche Tarifnormen mit international zwingender Wirkung versehen werden können. Allerdings sollte die Belegung von Mindestvorschriften, die sich aus solchen Tarifverträgen ergeben, mit international zwingender Wirkung nicht kraft staatlichen Recht erfolgen, sondern dies sollte offenbar den Tarifparteien überlassen bleiben – eine Entscheidung, die erneut die Stärke der Gewerkschaften im schwedischen Sozialmodell belegt. In diesem Kontext entfaltete eine so genannte *lex Britannia* des schwedischen Arbeitskampfrechts ihre Bedeutung, der zufolge nach ausländischem Recht geschlossene Tarifverträge keine Friedenspflicht auslösen. Auch dies erscheint konsequent: Wenn die gewerkschaftlich-autonome Erzwingung inländischer tariflicher Löhne funktional äquivalent zu gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen sein soll – und dies war der Wille des schwedischen Gesetzgebers – dann darf ein fremder Tarifvertrag den Einsatz gewerkschaftlicher Kampfrechte ebenso wenig sperren, wie die Anwendung schwedischer gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen.<sup>60</sup>

Diese vom schwedischen Recht garantierte transnationale Reichweite ihrer gewerkschaftlichen Autonomie wollten die schwedische Bauarbeitergewerkschaft mit tatkräftiger Unterstützung der Elektrikergewerkschaft mit Entschlossenheit und Intensität gegenüber Laval durchsetzen. Insbesondere kam es zu effektiven Blockaden der Baustelle, so dass Laval am Ende aufgeben musste.

Doch der Europäische Gerichtshof beurteilte die Forderungen und daran geknüpften Aktivitäten der schwedischen Gewerkschaften in allen Bereichen als rechtswidrig. Denn er legte die Entsenderichtlinie, deren von der politischen Öffentlichkeit wahrgenommene Funktion die Begrenzung eines reinen Lohnkostenwettbewerbs darstellte, als Richtlinie zur umfangreichen Einschränkung mitgliedstaatlichen Streikrechts aus. Die Richtlinie verbietet nunmehr gewerkschaftliche Aktivität für andere als die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie genannten Kernarbeitsbedingungen, sie verbietet gewerkschaftliche Aktivität für günstigere als bereits gesetzlich festgelegte Kernarbeitsbedingun-

---

60 Vgl die Leitentscheidung EuGH, Urt. v. 27.03.1990 – Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Slg. 1990, I-1417, Rn. 18, nach der die Zulässigkeit einer gesetzlichen Erstreckung von gesetzlichen oder tariflichen Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeitsverhältnisse anzuwenden natürlich nicht davon abhängt, ob die Entsendearbeitsverhältnisse einem heimischen Tarifvertrag unterliegen.

gen<sup>61</sup> und sie verbietet gewerkschaftliche Aktivität für andere als die Lohnsätze der untersten Lohngruppe.<sup>62</sup> Dabei hält sich der Gerichtshof nicht mit methodisch eigentlich angezeigten Einwänden auf, von denen der Erwägungsgrund 22 der Richtlinie besondere Hervorhebung verdient, insofern er besagt, die Richtlinie berühre „nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen“.

Hatte irgendjemand in den Verhandlungen um die Entsenderichtlinie erkannt, dass die Richtlinie einen europäischen Eingriff in das grundrechtlich geschützte gewerkschaftliche Streikrecht bedeutet? Hatte irgendjemand in Schweden gesehen, dass die Richtlinie darum eine grundlegende Modifikation des schwedischen Systems kollektiver Arbeitsbeziehungen erfordern würde, indem zumindest im internationalen Zusammenhang gesetzliche Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen eingeführt werden müssen? Und selbst wenn Schwedens tüchtige Beamte das Regelungsgeflecht durchschaut und die Gefahr erkannt hätten: Konnten sie nicht darauf setzen, dass europäische Eingriffe in mitgliedstaatliches Arbeitskämpfrecht angesichts der negativen Kompetenznorm in Art. 137 Abs. 5 EG zumindest einer sorgfältigen und sensiblen Kompetenzprüfung unterliegen müssen, wofür sich bei GA Mengozzi wenigstens ein zaghafter Ansatz<sup>63</sup> fand? Konnten sie nicht, statt die Verhandlungen mit schwedischen Bedenken zu erschweren, darauf setzen, dass, wie ja auch der EuGH betont, die Entsende-Richtlinie nicht darauf abzielt, „die Systeme zur Festsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den Mitgliedstaaten zu harmonisieren“?<sup>64</sup>

Die Aussagen des EuGH legen die Suprematie-Ansprüche des europäischen Rechts sehr weit aus: Gewiss ist die Richtlinie 96/71 eine bedeutsame arbeitsrechtliche Regelung. Sie behandelt indessen lediglich eine binnenmarktspezifische Konfliktlage und ist nicht etwa Baustein einer umfassenden europäischen Arbeits- und Sozialverfassung, während die Reichweite der schwedischen Garantie gewerkschaftlicher Autonomie als ein integraler Bestandteil des schwedischen Sozialmodells verstanden werden muss.<sup>65</sup> Ist die Europäische Union berechtigt auf Grund einer höchst gewagten Auslegung einer euro-

---

61 *Ibid.*, 99.

62 *Ibid.*, 70.

63 GA Mengozzi, Schlussanträge v. 23.05.2007 – Rs. C-341/05 (*Laval*), Rz. 57 f. Im Ergebnis fällt freilich auch Mengozzis Prüfung nicht überzeugend aus. Problematisch ist in diesem Zusammenhang weniger, dass er das Eingreifen der Sperre aus Art. 137 Abs. 5 EG ausdrücklich verneint, sondern die in Anspruch genommene Kompetenz nach Art. 47 Abs. 2 EG nicht beanstandet.

64 EuGH, C-341/05, Rz. 68.

65 Siehe Rechtsache C-341/05, Rz. 10, 92.

päischen Richtlinie darauf zu bestehen, dass Schweden die Rolle der Gewerkschaften und die Kompetenzen des Staates, die einen Teil der schwedischen Verfassung ausmachen, neu festlegt?

### III.3 Viking, Laval und der verfassungspolitische Beruf des EuGH

Die Verweise auf das Kollisionsrecht in Abschnitt II erwähnten eine Problem mit dem traditionellen Kollisionsrecht nicht, das vom amerikanischen Kollisionsrechtler Brainerd Currie in den 1960er Jahren aufgeworfen wurde. Dieses Problem betrifft die gerichtliche Funktion in zwischenstaatlichen Konstellationen:

„[C]hoice between the competing interests of co-ordinate states is a political function of a high order, which ought not, in a democracy, to be committed to the judiciary: ... the court is not equipped to perform such a function; and the Constitution specifically confers that function upon Congress.“<sup>66</sup>

Currie bezieht sich hier auf das föderale System der USA. Es gibt wichtige Unterschiede zu prüfen, bevor man seine Fragestellung auf die EU überträgt.<sup>67</sup> Ein Unterschied, oder europäische Besonderheit, wurde am Anfang bereits unterstrichen, nämlich die sektorale Entkoppelung der Sozial- von der Wirtschaftsverfassung – und die Schwierigkeiten bei der Schaffung eines einheitlichen europäischen *Sozialstaats*. Die Argumentation des EuGH impliziert, dass die europäischen wirtschaftlichen Freiheiten, nur rhetorisch gezähmt von einer unbestimmten „sozialen Dimension“ der Union, die Arbeits- und Sozialverfassung eines Mitgliedstaates übertrumpfen. In Anbetracht der Hindernisse für die Schaffung eines umfassenden europäischen Sozialstaates scheint die Achtung vor dem gemeinsamen europäischen Erbe der Sozialstaatlichkeit zu fordern, die europäische Vielfalt zu akzeptieren und rechtliche Zurückhaltung zu üben, wo die europäischen Wirtschaftsfreiheiten mit nationalen Wohlfahrtsstaatstraditionen in Konflikt geraten. Der EuGH ist kein Verfassungsgericht mit umfassenden Kompetenzen. Er ist nicht legitimiert, die wechselseitige Abhängigkeit der europäischen wirtschaftlichen und sozialen Verfassung zu reorganisieren,

---

66 B. Currie, ‘The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function’, (1958), in *idem*, *Selected Essays*, (Durham, NC, Duke UP, 1963), 188-282, 272.

67 F. Rödl, ‘Weltbürgerliches Kollisionsrecht’ (FN 27, Teil 2, A II.2) schlägt für die zwischenstaatliche Situation vor, Curries Einwand gegen ein Abwägen von Regierungsinteressen in Fällen von echten Konflikten im Licht der Präsenz eines föderalen Gesetzgebers zu betrachten. Ch. Joerges ist der demgegenüber der Ansicht, dass Curries Zurückhaltung gegenüber gerichtlichem Aktivismus in nicht-föderalen oder internationalen Kontexten sogar noch ernster genommen werden muss.

geschweige denn die Vielfalt der europäischen Sozialmodelle durch einen einheitlichen Hayekschen Rechtsstaat zu ersetzen. Es sollte daher vermeiden, die Werte der Sozialstaatlichkeit gegen den Wert des freien Zugangs zum Markt abzuwägen. Seine rechte Funktion, so haben wir argumentiert, ist die Entwicklung von supranationalem Recht, dass das „Demokratieversagen“ der Nationalstaaten ausgleicht. Nationale Wohlfahrtstraditionen repräsentieren – *per definitionem* – kein solches Versagen. Vielmehr repräsentiert die Verkürzung sozialstaatlicher Rechtspositionen durch supranationales Recht vor dem von uns entfalteten Hintergrund (Abschnitt I) keine hinzunehmende Korrektur von nationalem Demokratieversagen sondern einen ersatzlosen Abbau des Niveaus moderner demokratischer Selbstbestimmung. Das Problem der Fälle *Laval* und *Viking* bestand in der unternehmerischen Nutzung von schierem Lohnunterschieden, auf die die Gewerkschaften im *Laval*-Fall mit nationalen oder im *Viking*-Fall mit post-nationalen Strategien reagieren wollten. Die Gewerkschaften griffen damit zu ihren Mitteln, um der Zunahme der Macht der Arbeitgeber aufgrund der europäischen wirtschaftlichen Freiheiten zu begegnen. Zu argumentieren, dass das Recht auf kollektive Aktionen in nationalen Konstellationen Gegenstand eines europäischen Rechts ist, verschleiert die *de facto* Entkopplung der sozialen von der wirtschaftlichen Verfassung, um erstere *de jure* der letzteren zu unterwerfen.

Was bedeutet das alles für Habermas *monitum*? Eine endgültige Bewertung der Auswirkungen von *Viking* und *Laval* ist noch nicht möglich. Es ist aber hinreichend klar, dass diese Rechtsprechung ein Schritt im „hard law“ der negativen Integration ist. Wie stehen die Chancen für eine Korrektur dieses Schrittes durch „soziale Marktwirtschaft“, „soziale Rechte“ oder die sanften Mittel der offenen Koordinierung der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialpolitiken? Es erscheint bezeichnend, dass der Auslöser in beiden Fällen das alte Arbeitsrecht aus Hochlohnländern war. Ist es im langfristigen Interesse der neuen Mitgliedstaaten die Wohlfahrtsstaaten ihrer west- und nordeuropäischen Nachbarn zu unterminieren? Was würde das für ihre langfristigen Wettbewerbsvorteile und ihre Chancen auf ähnliche Entwicklungen bedeuten? Habermas mag normativ immer noch Recht haben. Die realen Chancen für die Verwirklichung seiner Hoffnungen haben sich jedoch weiter verringert.

## Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E\*)

\* siehe unsere Homepage: [www.zerp.uni-bremen.de](http://www.zerp.uni-bremen.de) (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citouyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97: *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97: *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99: *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)

- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, März 2008 (P/E)